

Disporre del proprio corpo, un diritto ancora da conquistare

Daniel Borrillo

▶ **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Disporre del proprio corpo, un diritto ancora da conquistare. Rassegna di diritto pubblico europeo, 2019, Europa Ventotene, 1 (2/2019). hal-02303575

HAL Id: hal-02303575
https://hal.science/hal-02303575

Submitted on 3 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

PRESENTAZIONE DEL LIBRO DI DANIEL BORRILLO. *DISPORRE DEL PROPRIO CORPO, UN DIRITTO ANCORA DA CONQUISTARE* (TEXTUEL, PARIS, 2019)[*].

di Daniel Borrillo[**]

IV

A chi appartiene il mio corpo? Sono padrone della mia vita e del mio destino? E se questo corpo è mio, posso decidere di farne commercio? Sono libero di cambiare sesso o di scegliere la morte? I torti arrecati a sé stessi e che non causano danno ad altri sono torti necessariamente immorali? Tali questioni attraversano la filosofia politica e morale e la loro risposta determina la relazione che l'individuo ha con sé stesso e con la sua intimità.

Il movimento femminista, sostenuto dai progressi tecnologici in materia di contraccezione, ha permesso di portare sulla scena pubblica la questione della disponibilità di sé e del proprio corpo. Si tratta, tuttavia, di una problematica che non è nuova: essa costituisce uno dei fondamenti del rapporto con il potere inteso come facoltà di vita e di morte nell'*Ancien Régime* o in quanto governo permanente del vivente in epoca moderna, come messo in luce da Michel Foucault.

Se i progressi tecnologici che permettono di oggettivare il corpo hanno rinnovato il dibattito bioetico, le sue origini sono tuttavia più antiche. I Romani organizzavano la vita politica a partire dalla *summa divisio* tra *alieni iuris* et *sui iuris*, divisione che separa la comunità degli uomini liberi e padroni di sé dagli altri: donne, stranieri, bambini, schiavi, ecc. i quali sono necessariamente sotto tutela. Più tardi, la tradizione cristiana generalizzerà questo dispositivo tutelare in funzione di altri criteri morali, in funzione dei quali il corpo non appartiene più al cristiano. Esso è il tempio di Dio, come insegna San Paolo: "Il corpo non è per l'impurità è per il Signore e il Signore è per il corpo" (Corinzi I, 6.13); "colui che si

[*] *Riceviamo e volentieri pubblichiamo.*
Il contributo è frutto dell'intervento alla *Summer School* 2019 "Europa e bioetica", organizzata dall'Associazione "Per l'Europa di Ventotene ONLUS", in collaborazione con il C.I.R.B. – Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica, l'Univeristé Paris I – Panthéon Sorbonne, l'Università degli Studi di Parma, lo Jean Monnet European Centre University of Trento, l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", il CSEIA – Centro Studi in Affari Europei e Internazionali, l' U.C.B. – University Center for Bioethics, la rivista Diritto Pubblico Europeo – Rassegna *on line* e il Comune di Ventotene, tenutasi nell'Isola di Ventotene nei giorni 1-5 luglio 2019.

[**] Professore di Diritto privato – Università di Parigi II. Ricercatore associato CNRS CERSA.

dà a l'impurità pecca contro il suo corpo" (ibid. 6.18). Il corpo, veicolo provvisorio dell'anima, è sacro e va rispettato dagli altri come da colui che lo abita.

La Chiesa non ha esitato, a questo proposito, ad impiegare la figura dell'usufrutto per caratterizzare il rapporto dell'individuo con il suo corpo. Facendo leva sulla tradizione, Pio XII nella sua *Allocuzione ai partecipanti al VIII (ottavo) congresso internazionale dei medici* a Roma nel 1954, proclamava che "l'uomo non è che l'usufruttuario e non il proprietario indipendente, il possessore del suo corpo e di quanto il creatore gli ha dato al fine di farne uso in conformità con la natura". Se ai giorni nostri la giustificazione cristiana si è laicizzata, la maggior parte dei giuristi è concorde nel ritenere che la vita e l'esistenza non appartengono alla persona.

Malgrado la sua forza di persuasione, il concetto di proprietà sembra in effetti inadatto a definire il rapporto dell'individuo con il suo corpo e con la sua vita. Gli specialisti del diritto pubblico parleranno di una libertà piuttosto che di un diritto soggettivo, mentre i privatisti - quando si tratta di giustificare i limiti imposti alla libera disponibilità di sé - oscilleranno tra la nozione di "cosa fuori commercio" o di primato della persona umana.

Senza entrare nel dibattito relativo alla natura del diritto che lega persona e corpo (diritto soggettivo o naturale, libertà o diritto della personalità), sembra importante sottolineare il fatto che l'uso della nozione di proprietà da parte dei giudici può essere particolarmente positiva per l'individuo. Così, nella celebre sentenza *Moore*, la Corte d'appello della California riconosceva al malato un diritto patrimoniale sulle proprie cellule che erano servite alla fabbricazione di un farmaco brevettato da una multinazionale. Questa sentenza aveva permesso a Moore di ottenere un risarcimento elevato. Sfortunatamente, la Corte Suprema della California ha deciso diversamente e il ricorrente - pur conservando integra tutta la sua dignità - non ha intascato praticamente niente.

In Francia, la possibile dissociazione del soggetto di diritto astratto (persona fisica) e del suo involucro corporeo concreto è stata particolarmente ben esemplificata dalla giurisprudenza *Perruche* in un caso in cui il ricorrente si lamentava del danno causato dal suo *handicap* dalla nascita. La sentenza *Perruche* ha segnato una novità nel riconoscere il danno del figlio nato disabile e, quindi, il principio del suo risarcimento da parte del medico che non aveva diagnosticato la malattia della madre. Contrariamente alla giurisprudenza precedente che risarciva i genitori, ma non il figlio disabile, la Cassazione francese aveva ammesso la possibilità che anche il figlio ottenesse un risarcimento per il danno derivante

dal suo *handicap*. Questa decisione ha sollevato una bufera nell'opinione pubblica, e il legislatore è intervenuto nel 2002 affermando che "nessuno può lamentare un danno per il solo fatto della sua nascita". Questa legge "anti-Perruche", celebrata dal pensiero conservatore come una vittoria sulla "cultura della morte e della disgregazione del corpo sociale" costituisce una regressione per quanto concerne l'autonomia individuale.

Ricorrere ad un giudice per chiedere un risarcimento per il proprio corpo malato, come permetteva di fare la sentenza *Perruche*, implicava necessariamente una differenziazione fra se stessi e il proprio corpo e costituiva una estrinsecazione della propria libertà di dissociarvisi. In effetti, la libertà dell'individuo era stata percepita utilmente come una libertà nei confronti della propria natura.

Questa modernità individualista e *artificialista* permette di pensare la persona come costruzione della volontà e non come dato di natura o, più precisamente, come il prodotto della tecnica giuridica e non come una qualità ontologica dell'essere umano che il diritto dovrebbe limitarsi a consacrare.

In nome della sua autonomia, l'individuo diviene il creatore di se stesso e consegue un dominio completo così come la piena disponibilità del suo corpo. L'idea stessa di modernità implica questo rapporto di appartenenza a se stessi. È perché ci si è potuti emancipare dal dominio naturale del monarca assoluto che è diventato possibile delegare il potere ai rappresentanti del popolo. La questione è eminentemente politica: il legame fra me e il mio corpo e la mia vita appare così come un legame civile e non solo naturale, come pretendeva Savigny con la sua celebre formula *Jus in se ipsum*. In questo senso, lo *slogan* delle femministe "il mio corpo mi appartiene" aveva una portata emancipatrice: l'individuo contro l'autorità, la donna contro lo Stato. Si tratta, secondo Gisèle Halimi, "di un punto di resistenza insuperabile".

È a partire da questa potente nozione che ci è permesso di pensare il rapporto dell'individuo con il suo corpo, con la sua vita e con la sua riproduzione. Ma questo punto di resistenza si è oggi trasferito altrove, e si trova nelle rivendicazioni delle persone transidentitarie che vorrebbero accedere ad un cambiamento anagrafico di stato civile senza l'autorizzazione del medico o del giudice; in quelle delle delle donne che desiderano portare avanti una gestazione per altri, o dei professionisti del sesso, uomini e donne, che si battono affinché il loro statuto professionale sia riconosciuto; ed, infine, in quelle dei malati che vorrebbero porre fine alla loro sofferenza attraverso il suicidio o l'eutanasia.

Una prospettiva democratica dovrebbe portarci a pensare questo legame che ci unisce alle nostre vite, ai nostri corpi e alla nostra discendenza in un modo che non è naturale e sacro, necessariamente immutabile e che si impone come tale a noi, ma in funzione di una visione politica della sovranità individuale. Come osserva Tocqueville, "l'individuo è il migliore e il solo giudice del suo interesse particolare... ciascuno è il miglior giudice di ciò che riguarda solo lui stesso".

Tuttavia questa visione della libertà, propria al XVIII (diciottesimo) secolo, è stata attenuata da Foucault, che ha messo magistralmente in luce delle forme inedite di dominazione della vita: il biopotere, definito come "l'insieme dei meccanismi attraverso i quali ciò che??? i tratti biologici fondamentali della specie umana, potranno??? entrare all'interno di una politica, di una strategia politica, di una strategia generale del potere". I limiti di questa nuova forma di assoggettamento sembrano accettati dalle società democratiche che, per mezzo delle regole di bioetica, hanno potuto giustificare certe forme di ingerenza dello Stato (e dei suoi presidi: ospedali, amministrazione, prigione, comitati etici, scuole) sui corpi degli individui. Allo stesso modo, gli interventi che permettono di impedire gli abusi e gli squilibri finanziari tra le parti sembrano un imperativo dello stato di diritto. Tuttavia, la critica del liberalismo economico e la messa in luce del biopotere non devono eclissare i principi fondatori dei diritti dell'Uomo a partire dal pensiero politico moderno, ovvero la libertà dell'individuo nella relazione che ha con sé stesso. In fondo, la messa in luce del biopotere dovrebbe condurci a ritrovare i meccanismi che permettono di liberarci delle forze che si impongono a noi, di decostruire l'assoggettamento attraverso il recupero del governo di sé. Detto altrimenti, ogni individuo dovrebbe poter determinare da sé ciò che conduce al suo benessere e potrebbe anche arrivare al punto di rifiutarlo. Ecco quanto appare a molti un atteggiamento “immorale”; ma noi, contrariamente a quanto affermato da Kant, non abbiamo nessun dovere verso noi stessi al di fuori di quanto noi stessi ci siamo auto-imposto.

Lo Stato liberale non dovrebbe punire un comportamemto se non quando può arrecare danno ad altri (i reati) e non i vizi senza vittime diverse da me stesso. Ovvero, la società non dovrebbe limitare la libertà degli individui allorché essa non danneggia altri individui. Sul fondamento della protezione della vita privata, la CEDU ha riconosciuto il diritto di ogni individuo alla "autonomia personale". Viene così ammessa la "facoltà per ognuno di condurre la sua vita come egli intende" - il che "può egualmente includere la possibilità di

svolgere attività percepite come aventi una natura fisicamente o moralmente dannosa o pericolosa per la sua persona".

Spetta agli individui scegliere quello che è appropriato per la realizzazione dei loro interessi. E noi dobbiamo rispettare questa scelta anche se ci sembra scioccante e contraria alla dignità umana. Lasciare ad ognuno il compito di determinare ciò che costituisce la cosa migliore per sé stesso è non solo garanzia di uguaglianza e di considerazione dei cittadini ma anche il bastione contro l'intrusione eccessiva dei poteri pubblici e dei giudici.

Volendo imporre un comportamento contro la volontà dell'interessato e in nome della sua dignità, lo Stato lede l'autonomia stessa della persona e, dunque, la sua dignità?

L'autonomia individuale in quanto "possibilità riconosciuta al soggetto di porre la sua propria norma" e cioè come principio "posto al servizio della realizzazione della persona" si esprime in modo particolare proprio nel diritto di disporre liberamente di sé stessi. "Certe persone possono provare il bisogno di esprimere la loro personalità attraverso il modo in cui decidono di disporre del loro corpo" sottolinea la CEDU a proposito di un caso di suicidio assistito. Tuttavia, l'assenza di consenso e il margine di apprezzamento degli Stati limitano considerevolmente l'autonomia individuale come diritto soggettivo.

Le invocazioni della dignità umana, dell'ordine simbolico o della non-mercificazione del corpo umano costituiscono un nuovo ordine imperativo e trascendente, capace di annientare ogni pretesa soggettiva dell'individuo sul suo corpo, sulla sua vita e sul suo destino.

Cerco qui di analizzare la fondatezza delle argomentazioni messe a punto contro l'autodeterminazione, in particolare quella che fa leva su di un obbligo di protezione dell'individuo contro sé stesso, per il quale i diritti soggettivi e la vita privata possono essere sacrificati in nome di una priorità morale e contro una presupposta affermazione egoista dei desideri individuali. In questo senso, l'ordine pubblico, l'identità narrativa, la funzione antropologica del diritto, l'ordine simbolico, la comunità di senso, l'ecologia integrale o la dignità umana, vengono tutte - in modo paternalista - a limitare la sovranità individuale. L'Umanità appare in questo tipo di discorso come un'entità anteriore all'umano e capace di imporsi ad esso attraverso l'uso riflessivo del principio di dignità. I diritti soggettivi dell'uomo devono, dunque, essere subordinati al diritto oggettivo dell'Umanità che abita in noi.

In questo modo, ognuno di noi avrebbe i diritti della personalità da una parte e quelli

dell'Umanità, dall'altra. La protezione dell'Umanità che è in noi autorizzerebbe lo Stato a intervenire, se necessario, contro la nostra volontà come se fosse un garante della nostra umanità indisponibile e come se conoscesse meglio di noi ciò che è degno o indegno per noi. Così ragionando, la dignità finirebbe con il non appartenere all'individuo concreto, ma all'Umanità astratta.

Le nozioni d'indisponibilità dello stato delle persone e della non commerciabilità dei corpi permettono, così, di giustificare i limiti alla libertà dell'individuo nei confronti di sé stesso, alla sua libertà di procreare, di scegliere il suo genere e di interrompere la sua vita. Questi "paletti" possono effettivamente essere necessari e giustificati allorché si tratta di pregiudizi provenienti da terzi; ma quando si tratta di una scelta dell'individuo rispetto alla sua persona, l'imposizione di tali limiti diviene problematico.

Il femminismo materialista, ispirato al pensiero marxista, ritiene che il consenso per le donne sia necessariamente viziato dalla dominazione maschile, in modo tale per cui l'esperienza soggettiva di quest'ultima deve essere rettificata se non addirittura annullata dal riconoscimento oggettivo della dominazione, in quanto sul piano strutturale ogni donna è vittima. Ciò consente di ritenere che nessuna donna in nessuna circostanza può acconsentire a prostituirsi, a portare il *burqa* o optare per la maternità surrogata.

Questa critica ha tuttavia permesso che sorgesse un pertinente interrogativo giuridico: come il diritto accerta il consenso delle parti per il compimento di un atto? Quale analisi esso svolge delle situazioni concrete? Tale critica ha sollevato, soprattutto, la questione se si possa continuare a mantenere le frontiere tra sfera privata e pubblica dal momento in cui si tocca una problematica tanto fondamentale come il poter disporre di sé.

Ora, l'analisi approfondita del consenso mi sembra più che mai necessaria in un mondo di disuguaglianze economiche e sociali. Il consenso deve essere necessariamente sottoposto ad un esame rigoroso.

Tuttavia, una volta effettuato questo controllo minuzioso, se si stabilisce che si tratta effettivamente di un atto volontario, libero, informato e privo, quindi, di violenza, intimidazione, errore, dolo, prevaricazione e squilibrio finanziario nelle prestazioni, in nome di cosa sarebbe ancora permesso di vietare la libera disposizione di sé?

Ritenere che, a prescindere dalle circostanze, nessuno può disporre liberamente del suo corpo, ad esempio, per prostituirsi, sottoporsi ad una gestazione per altri, portare il velo integrale o chiedere l'eutanasia, non significherebbe trattare l'individuo come un incapace?

Come trovare, dunque, l'equilibrio tra una protezione necessaria in un mondo in cui il mercato influenza il carattere effettivo dei diritti e la salvaguardia di quanto fonda il nostro sistema democratico?

Senza dubbio, non mettendo da parte il consenso, ma pensandolo, al contrario, in funzione della sua finalità: il diritto all'autonomia, all'intimità e al rispetto della *privacy* come ultima *ratio* nel rapporto con sé. A voler proteggere l'individuo contro sé stesso, assegnando un fine comune alla società, non finiamo col creare una comunità di vittime invece di incoraggiare l'autonomizzazione, il *self-empowerment*, l'emancipazione e il potere di agire dell'individuo?

La presa in considerazione dei rapporti di dominazione non dovrebbe attribuire a certi individui lo statuto irrevocabile di vittime, ma al contrario permettere loro di sottrarvisi. In effetti, la questione centrale che dobbiamo porci è quella di sapere chi decide in fine della mia vita e delle mie scelte vitali: io o altri (amministrazione, medico, giudice...)

Quello che mi sembra problematico non è tanto la costruzione di un ordine pubblico del corpo (restrizioni all'esercizio di certe libertà individuali e limiti agli interventi esterni: *noli me tangere*) quanto l'uso di questo stesso ordine pubblico contro la volontà dell'individuo in quello che esso ha di più intimo, e cioè il rapporto con sé stesso. Tradizionalmente, questo potere sulla vita poteva essere spiegato attraverso la volontà dello Stato di controllare i suoi soggetti di diritto: "essendo la personalità un dono del gruppo che conferisce dignità, farla sparire attraverso un suicidio equivale a negare il collettivo che ha creato la persona conferendola dal punto di vista giuridico", sottolineava Xavier Bloy. Questa idea è antica, poiché nel sedicesimo secolo "il suicidato commetteva un atto di fellonia, non solo perché agiva contro la natura e contro Dio, ma anche contro il re, in quanto attraverso un tale atto il re perde un suddito; ed essendo la testa del corpo sociale, perde una delle sue membra mistiche" (Kantorowicz).

Il rapporto con sé, con il proprio corpo, con la propria vita e con il proprio destino mi sembra così intimo, così soggettivo che l'intervento dello Stato non dovrebbe essere considerato che in modo eccezionale, come ultima *ratio*.

Ora, in Francia non si può non constatare che diverse pratiche volontarie che non nuocciono ad altri sono nondimeno duramente punite, come ad esempio il suicidio assistito (3 anni di reclusione e 50mila euro di multa), la gestazione per altri (3 anni di reclusione e 45mila euro di multa), l'inseminazione *post-mortem* (2 anni di reclusione e 30mila euro di multa),

l'eutanasia (30 anni di reclusione criminale), l'utilizzo della prostituzione (1500 euro di multa), il consumo di stupefacenti (1 anno di reclusione e 3750 euro di multa) come anche il coprirsi il volto e la testa con il *niqab* (punito con una multa di 150 euro e uno stage di educazione civica).

Allo stesso modo, l'individuo non è padrone nemmeno delle proprie spoglie, ma lo è l'amministrazione: solo l'inumazione e la cremazione sono possibili, ad esclusione di ogni altra opzione come per esempio l'ibernazione, la dispersione delle ceneri nel mare o l'imbalsamazione: sebbene queste pratiche non facciano correre alcun rischio in termini di salute o di sanità pubblica, come non arrecano danno a chicchessia. Invece di consacrare un diritto soggettivo, il legislatore si è limitato ad escludere dal campo della norma penale certe pratiche come la contraccezione, l'aborto, il cambiamento di sesso o il parto anonimo, al punto che discorrere di libero disporre della propria persona appare, per questi casi, più una formula retorica che una autentica prerogativa individuale.

È in effetti sulla base di una giustificazione terapeutica che l'individuo è autorizzato ad agire e non perché è titolare di diritti soggettivi sulla propria persona. Non è il rispetto della "vita privata" e del "libero consenso" a reggere il rapporto dell'individuo con sé stesso: in quanto queste nozioni sono considerate troppo soggettive, troppo suscettibili di condurre verso l'alienazione e la reificazione di sé.

Al diritto di disporre di sé, lo Stato vi sostituisce il rispetto della "dignità umana" intesa non come bene individuale, ma come bene comune: l'umanità che abita in noi. L'idea non è nuova e rinvia alle tesi teologiche relative alla sacralità del corpo come tabernacolo dell'anima e, più di recente, sotto una forma laicizzata, alla filosofia kantiana. La troviamo, per esempio, in autori che criticano la nozione di consenso come Carole Gilligan e Harry Frankfurt, i quali propongono di riqualificare il rapporto con se stessi non come libera disponibilità, ma come identificazione e amore definito in quanto ben-essere fondamentale da cui un individuo non potrebbe essere separato senza rischio di alienarsi. E' così, in nome dell'affetto e del ben-essere (*care*), si vieta ad una persona di richiedere un aiuto al suicidio, di assistere sessualmente una persona handicappata, di prostituirsi, di ricorrere a una maternità surrogata, di partecipare a uno spettacolo di lancio dei nani, di farsi inseminare con lo sperma del proprio partner deceduto, di praticare giochi sessuali estremi o di portare il velo integrale.

All'autonomia, la teoria del *care*, fondata sulla nozione paradigmatica di vulnerabilità,

oppone la categoria della debolezza come forma d'identità alla quale ci si può solo difficilmente sottrarre. Alla libera disposizione di sé, e a tutte le libertà che ne derivano (procreativa, sessuale, religiosa, espressiva, vestimentaria, ecc.) una nuova forma di conservatorismo antiliberale impone l'amore dell'umanità che è in noi. In nome del nostro benessere personale e, se necessario, contro la nostra volontà "alienata", questa nuova e potente forma di paternalismo ritiene in modo generale e *in abstracto* che alcune scelte siano "essenzialmente" cattive in quanto contrarie all'amore di sé o alla dignità umana.

In questo senso, non si tratta più di promuovere i diritti dell'uomo, ma i diritti dell'Umanità: non è più questione di diritti soggettivi dell'individuo, ma dell'ordine pubblico della dignità umana. Quest'ultima, in piena inflazione feticista nel vocabolario giuridico contemporaneo, offre agli avversari risoluti del soggettivismo moderno il mezzo di combattere, tanto in teoria quanto in pratica, qualunque idea di sovranità individuale, anche nell'ambito intimo della mera disposizione di sé; pretendendo di mediatizzare e, quindi, sorvegliare e controllare, senza essere stata in alcun modo autorizzata dall'interessato, il rapporto che il soggetto intrattiene con se stesso, facendo valere il fatto che, anche nel contesto appartenente alla più intima *privacy*, la presenza permanente dell'umanità che abita l'individuo gli vieta ogni solitudine e ogni pooossibilità di sottrarsi alla trascendenza delle requisizioni dell'ordine pubblico o della simbolica naturale.

Assegnare gli individui a questo ordine implica al tempo stesso investire lo Stato di una missione, quella di rendere i cittadini virtuosi. Le recenti crociate morali contro i clienti delle prostitute o contro gli individui che hanno fatto ricorso alla gestazione surrogata sono le manifestazioni politiche di questa concezione sostanzialista e oggettiva della dignità umana, in quanto opposta alla persona concreta.

Ora, un'altra lettura della dignità è possibile: quella che è rivendicata dall'interesse dell'individuo, ovvero quella che è coincide con il diritto di ciascuno di fare ciò che ritiene conforme alle sue credenze, ai suoi valori e ai suoi interessi.

L'individuo deve essere la sola fonte di valore morale, il che esclude ogni misura che accordi a una collettività qualunque degli interessi che non si riducano a quelli dei suoi membri.

In questo senso, gli imperativi dello Stato democratico dovrebbero portare il diritto ad una perfetta neutralità tanto rispetto ai valori collettivi che alle pratiche culturali dominanti.

Sfortunatamente, non è questa la logica che sembra prevalere oggi nei rapporti

dell'individuo con sé stesso, ma una logica paternalista e compassionevole, imbevuta di connotazioni moralizzatrici e antidemocratiche, atte a fornire l'orizzonte e la matrice di quello che possiamo oramai definire lo Stato-moralista.